

ANO XV

Volume 182

Fevereiro de 1984

PLANO GERAL DA "VOX LEGIS"

Seção III — LEGISLAÇÃO — Atos legislativos dos Poderes Legísl.
tivos e Executivos

Seção IV — ÍNDICES



VOLUMES JÁ PUBLICADOS

1969 — Janeiro a Dezembro — Vols. 1 a 12

1970 — Janeiro a Dezembro — Vols. 13 a 24

1971 — Janeiro a Dezembro — Vols. 25 a 36

1972 — Janeiro a Dezembro — Vols. 37 a 48

1973 — Janeiro a Dezembro — Vols. 49 a 60

1974 — Janeiro a Dezembro — Vols. 61 a 72

1975 — Janeiro a Dezembro — Vols. 73 a 84

1976 — Janeiro a Dezembro — Vols. 85 a 96

1977 — Janeiro a Dezembro — Vols. 97 a 108

1978 — Janeiro a Dezembro — Vols. 109 a 120

1979 — Janeiro a Dezembro — Vols. 121 a 132

1980 — Janeiro a Dezembro — Vols. 133 a 144

1981 — Janeiro a Dezembro — Vols. 145 a 156

1984 — Janeiro — Vol. 157

VOX LEGIS

REDEL COMÉRCIO INTERNACIONAL E PUBLICAÇÕES LTDA.



Rua 24 de Maio, 77, 14º andar, cj. 1403/4 - Caixa Postal 30809
CEP 01041 - Fones: 221-9138 - 222-2755 -
Telex: (011) 22437 - RKEL-BR - São Paulo - SP

FORMAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

José Augusto Delgado

Sumário: 1. *Generalidades.* 2. *A capacidade das Partes.* 3. *Objeto Lícito e Possível.* 4. *Mútuo Consenso.* 5. *Forma Prescrita em Lei.* 6. *Elementos específicos do Contrato.* 7. *Formalização Material do Contrato.* 8. *Bibliografia.*

1. Generalidades

O ato administrativo pode se revestir de várias formas para que tenha validade. Se a administração pratica um ato unilateral, pode fazê-lo através de avisos, portarias, instruções, etc. Todavia, quando o ato praticado exige aceitação expressa de um particular ou de uma outra entidade pública, só pela forma de um contrato escrito pode ser constituído. O contrato administrativo verbal não é admitido. As obrigações assumidas pelo Poder Público são registradas nas repartições competentes, a fim de que possam ser comprovadas. Outrossim, a validade do pacto depende do registro.

É princípio a ser seguido pela Administração que todas as cautelas devem ser tomadas na celebração dos contratos, quer sejam da Administração, quer sejam contratos administrativos.

Na formação dos contratos não se deve deixar de analisar os elementos necessários para a sua perfeição. Em qualquer contrato administrativo devem ser presentes os elementos comuns do contrato: capacidade dos concorrentes, objeto lícito, mútuo consenso e forma prescrita em lei. Acrescentem-se as normas peculiares, como o fim de interesse público e os elementos formais internos e externos exigidos pela lei.

Na formação dos contratos administrativos há sempre uma preocupação de moralidade, como lembra Marcelo Caetano (*Princípios Fundamentais de Direito Administrativo*, pág. 229, Forense). Em consequência, a formação dos contratos administrativos segue um procedimento minuciosamente regulado, que envolve a competência das partes até a publicidade do ato.

O contrato administrativo é bilateral, comunicativo, formal, realizado "intuitu personae" e destinado a satisfazer a um interesse público caracterizado (Hely Lopes Meirelles, pág. 228, *Direito Administrativo Brasileiro*, 2.^a ed., RT). O instrumento escrito é a única forma capaz de registrar que as obrigações assumidas são recíprocas, equivalentes, remuneradas, e que atendem à finalidade pública especificada no ajuste.

Na formação dos contratos administrativos há determinadas formalidades que não podem deixar de ser cumpridas pelo caráter de essencialidade que assumem. Em nosso sistema positivo, as solenidades essenciais do contrato administrativo vêm expressas no Código de Contabilidade Pública (Lei Federal n. 4.356, de 28-1-1922) e seu Regulamento (Decreto n. 15.783, de 8-11-1922), arts. 707 e 775, com as alterações introduzidas pelo Decreto n. 73.140, de 9-11-1973 (regulamenta as licitações e os contratos relativos a obras e serviços de engenharia, e dá outras providências).

No Código de Contabilidade Pública vamos encontrar (art. 766) o princípio geral regulador da formação dos contratos administrativos:

"Os contratos administrativos regulam-se pelos mesmos princípios gerais que regem os contratos de direito comum, no que concerne ao acordo das vontades e ao objeto, observados, porém, quanto à sua estipulação, aprovação e execução, as normas prescritas no presente capítulo".

Assim, na formulação do contrato administrativo devemos seguir, inicialmente, as mesmas regras do Direito Privado (C. Civil, arts. 1.079 e seguintes). Respeitando a disciplina da capacidade das partes e do objeto da prestação ajustada. São condições gerais que se ligam às peculiares para darem validade à formação do contrato administrativo.

2. A Capacidade das Partes

O contrato administrativo exige, para a sua validade, que seja celebrado por autoridade competente, isto é, por agente capaz, pessoa que tenha autorização para fazer expedir o ato, em virtude de lei ou delegação.

Não pode haver competência constituída que não decorra da lei. Ela é quantidade de poder implícito ou explícito conferido à autoridade administrativa, em face da função exercida. "Não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito", afirmou com sabedoria Caio Tácito, em *O Abuso do Poder Administrativo no Brasil*, pág. 87.

Ao se tratar da competência que deve ter a autoridade para contratar, o exame também se estende à capacidade dos particulares. Necessitam estes da capacidade geral do Direito Civil, bem como a inerente ao poder de representação quando se obrigarem em nome de pessoas jurídicas.

No tocante ao assunto, o estudo deve se voltar para as fontes do Direito Civil, quando qualquer um dos motivos que ocasionaram a nulidade dos atos jurídicos, também deve servir de aplicação no campo do Direito Administrativo.

Afirmamos que a Administração Pública se preocupa com a moralidade dos atos administrativos. Apoiado em tal princípio, há, ainda, determinadas categorias de pessoas que, embora civilmente capazes, não podem contratar com o Estado, sob pena de nulidade de pleno direito, ou, como pretendem alguns doutrinadores, de ser inexistente o ato, com a assunção de todas as consequências resultantes.

Envolvidos por tal esquema se encontram os deputados e senadores que, por dispositivo constitucional (art. 34, I, "a"), não poderão, desde a expedição do diploma, firmar ou manter contrato com pessoa de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusula uniforme. A infringência do dispositivo mencionado implica, além da nulidade do contrato, a perda do mandato (art. 35, I, Constituição Federal), que será declarada pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, mediante provocação de qualquer de seus membros, da respectiva mesa ou de partido político (art. 35, § 2.º, Constituição Federal).

Embora não conste expressamente no Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União (Lei 1.711, de 28-10-52, com as modificações subseqüentes e normas complementares), é lícito à Administração impedir contratos de seus servidores com o Poder Público, salvo se for obedecida a linha de uniformidade já recomendada.

Há, ainda, no referente à capacidade das partes que contratam com a Administração, o fenômeno da suspensão temporária da mencionada faculdade, em casos especiais que representam penalidades por faltas cometidas em acordos anteriores.

O art. 72, do Decreto n. 73.140, de 9-11-1973 (Licitações Públicas de Obras) registra que "em caso de inexecução da obra ou serviço, erro de execução, execução imperfeita, mora de execução ou inadimplemento contratual, os contratados sofrerão a penalidade de serem suspensos do direito de licitar e contratar pelo prazo que a autoridade competente fixar, não superior a 2 (dois) anos, atendendo a natureza e a gravidade da falta cometida, consideradas, ainda, as circunstâncias e o interesse da própria Administração ou impor a pena

de declaração de inidoneidade para licitar e contratar em toda a extensão da esfera federal" (arts. 72, II e III, e 73, Decreto 73.140).

3. Objeto Lícito e Possível

Na opinião de Trentin, "in" *L'atto Administrativo*, págs. 70 e 291 ("apud" Themístocles Brandão Cavalcanti), o objeto lícito e possível é elemento de maior importância porque diz com o próprio conteúdo material da obrigação.

O objeto é a coisa, a prestação, o fato, a finalidade do ato. Necessita ser lícito, isto é, que não contrarie disposição legal ou não atente contra os princípios da moral.

Não há licitude, no objeto do contrato, se a Administração Federal permite a concessão de terras, a abertura de vias de comunicação, a instalação de meios de transmissão, à construção de pontes e estradas internacionais e ao estabelecimento ou exploração de indústrias que interessem à segurança da Nação, nas zonas indispensáveis à defesa do País, sem o prévio assentimento do Conselho de Segurança Nacional (Lei n. 2.597, de 12-9-1965, c/c o art. 89, da Constituição Federal de 1969).

Na mesma situação se enquadram os pactos administrativos seguintes:

a) a concessão dada pelo Poder Público a estrangeiro, qualquer que seja a sua situação no país, para a pesquisa, prospecção, exploração e o aproveitamento de jazidas, minas e demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica (art. 113, IV, do DL n. 941, de 13-10-1969 — Estatuto do Estrangeiro);

b) a contratação, mediante concessão com estrangeiro, independentemente da sua situação no país, da navegação aérea, dos serviços de telecomunicações e dos serviços de vias de transportes entre portos marítimos e fronteiras nacionais ou que transponham os limites do Estado ou Território (CF, art. 8.º, XV, letras "e" e "d", c/c o art. 118, incisos I, V e X do DL n. 941, de 13-10-1969);

c) a concessão de jogos proibidos, por serem contrários à lei moral e aos princípios do direito positivo.

Além de lícito o objeto do contrato tem de ser possível. A condição de possibilidade é que vai determinar a criação, a modificação ou a comprovação da situação jurídica criada pela vontade das partes. A impossibilidade do objeto do contrato pode ser material ou jurídica. Não é possível o Poder Público contratar com particular o deslocamento do Oceano Atlântico para a Região da Amazônia ou a realização de uma obra com capacidade de fazer com que a lua deixe de efetuar o seu sistema de rotação.

Por último, deve ficar bem acentuado que o objeto e a finalidade do contrato é "a coisa, o fato, a prestação; não se confunde, portanto, com a causa, que é o motivo gerador da obrigação e da execução do serviço público".

4. Mútuo Consenso

O mútuo consenso é elemento necessário, ao lado de outros, para que o contrato administrativo fique perfeito. Há, portanto, no contrato, o confronto de dois interesses manifestados: de um lado, o da Administração, e do outro, o do contratante. "A manifestação exprime o interesse público, do qual é guardião, e por isso se coloca num plano de superioridade sobre o particular. Mas, em contrapartida, ela precisa do particular, tem de atrair o interesse deste, sem o que nada poderia fazer. Desta maneira, é necessário harmonizar as coisas, de sorte que se conjuguem as vantagens para ambos. Sem abrir mão de suas prerrogativas, cumpre à Administração, segundo as normas do direito, assegurar ao contratante compensações, porque não seria lícito, moral, nem mesmo útil, sacrificar quem vai auxiliar o Estado na consecução dos seus propósitos (Luciano Benévolo de Andrade, "in" *Curso Moderno de Direito Administrativo*, edição Saraiva, 1975, pág. 176).

A parte que firma o contrato com o Estado está se ligando a um interesse livremente manifestado. Não há que se falar em comprometimento da vontade por causa da existência de disposições unilaterais de normas legais ou regulamentares da própria Administração. Se a Administração impõe sua vontade por interesse público, na expressão de Posada (*Derecho Administrativo*, vol. II, pág. 264, "apud" Henrique de Carvalho Simas, *Manual Elementar do Direito Administrativo*, pág. 307, Freitas Bastos) e o particular ou a pessoa de direito público contratante aceita a supremacia invocada, a vontade atuou livremente, não se operando posição de mando, por ter-se reconhecido o direito do Estado de assumir, no contrato, a posição privilegiada.

O que prevalece é a manifestação de vontades, sem os vícios do direito comum e que tenha por "objeto maior a criação de uma obrigação jurídica de prestação de coisas materiais ou de serviços pessoais, mediante uma remuneração (Henrique Simas, pág. 306, obra citada)".

É conhecida a pregação de Themistocles Brandão Cavalcanti de que "é preciso não exagerar nem conceitos nem doutrinas (pág. 197, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. I, 1964, Freitas Bastos)". Não é esta a melhor forma de fazer ciência, tendo em vista a possibilidade de ocorrer distorção da realidade.

A manifestação da vontade, no campo do Direito Público representa a atuação do Estado, pelo que não pode se circunscrever às pe-

culiaridades e amplitudes do Direito Privado, conforme a observação de Themistocles Brandão Cavalcanti, pág. 197, obra citada.

A manifestação da vontade da Administração está sempre vinculada ao interesse público. Compreende, assim, uma série de atividades que não pertencem ao poder contratante. Exterioriza um conteúdo próprio que se encontra ligado à função do Estado, que tem por fim realizar o bem-estar social.

É só aparente a impossibilidade do Estado poder manifestar sua vontade. Este, quando invade o mundo exterior, através dos representantes dos poderes do Estado, produz consequências e se enquadra nos limites jurídicos fixados pelo sistema positivo.

5. Forma Prescrita em Lei

O último elemento comum formador de todos os contratos é a forma prescrita em lei. Nos contratos administrativos a lei deve ser observada rigorosamente. A forma do contrato que ela prescrever é uma condição extrínseca que, havendo falta, implica em nulidade.

O Código de Contabilidade Pública (Lei n. 4.356, de 28-1-1922, regulamentada pelo Decreto n. 15.783, de 8-11-1922) estabelece, no artigo 54, que os contratos administrativos em que figure a União como parte só terão validade se obedecerem à seguintes condições:

- a) que sejam celebrados por autoridade competente para empenhar como o ordenador da despesa;
- b) que os serviços tenham sido autorizados por lei (orçamento) e que haja expressa referência à lei que autorizou o serviço, a verba, as despesas e o crédito;
- c) que haja especificação dos serviços, ou da obra contratados: preço e quantidade dos materiais;
- d) que haja especificação dos materiais;
- e) que os termos do contrato estejam de acordo com a concorrência;
- f) que sejam os contratos lavrados na repartição competente ou por escritura pública, nos casos exigidos por lei.

No tocante aos contratos de obras e serviços de engenharia acordados entre a Administração (União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas autarquias) e particulares, há de se obedecer a forma ditada pelo art. 53, do Decreto n. 73.140, de 9-11-1973:

“Os instrumentos contratuais obedecerão à minuta-padrão aprovada, regimentalmente, pelo órgão ou entidade contratante,

§ 1.º Caberá aos setores técnicos do órgão ou entidade, a for-

mulação e o fornecimento, aos setores jurídicos encarregados da lavratura do contrato, de minuta das cláusulas técnicas do instrumento, que retratarão fielmente o estipulado no Edital.

§ 2.º O contrato será firmado pela autoridade competente, em nome da Administração e pelos representantes da empresa vencedora”.

Há de serem, ainda, obedecidas outras formalidades que são necessárias para a validade dos contratos administrativos, de acordo com regras do Código de Contabilidade Pública. Assim, nos contratos que sejam estipulados preços em moeda estrangeira, deve ser declarada a data ou a taxa de câmbio para a conversão (art. 232 do Regulamento do Código de Contabilidade Pública), que sejam traduzidos legalmente em vernáculo, se foram lavrados em língua estrangeira; que respeitem as disposições do direito comum e da legalidade fiscal; que fiquem bem definidas as obrigações recíprocas dos contratantes, quanto à execução ou rescisão dos contratos; que haja cláusula expressa relativa à garantia oferecida para assegurar o cumprimento do contrato, bem como, das estipulações subsidiárias referentes à mesma garantia; que haja cláusula declarando competente o foro nacional brasileiro, para dirimir questões judiciais originadas dos contratos, quando envolverem, como partes, pessoas naturais ou jurídicas estrangeiras.

Há, também, com referência aos contratos de obras ou serviços de engenharia, regulados pelo Decreto Federal n. 73.140, de 1973, cláusulas obrigatórias (art. 51):

I — Qualificação das partes; definições, trabalhos a executar, e sua natureza; normas pertinentes; planos, programas, fases e etapas, cronogramas físico e financeiro, fundamento legal, inclusive da dispensa da licitação, recursos financeiros e correspondentes empenhos;

II — Valor do contrato, preços, formas de pagamento, condições de reajustamento, se previsto no ato convocatório, bem como a natureza e o valor das garantias exigidas;

III — Sistema de fiscalização, prazo e condições de execução e de recebimento da obra ou serviço;

IV — Indicação dos equipamentos e processos que serão empregados na obra ou serviço;

V — Penalidades a que estará sujeito o contratado;

VI — Responsabilidade das partes e casos de rescisão do contrato, observado o parágrafo único deste artigo;

VII — Foro e privilégio que houver, na hipótese de procedimento judicial, inclusive a estipulação obrigatória da cláusula que estabeleça a cobrança, pelo rito do executivo fiscal, de quaisquer importâncias devidas pelo contratado à Administração.

A vinculação do contrato administrativo à forma prescrita em lei determina, portanto, a sua operosidade no mundo jurídico. Além do que foi exposto, muitas vezes a sua formação depende, ainda, de publicação e quaisquer outras formalidades que podem ser exigidas pela lei, tais como o procedimento seletivo denominado licitação, que será objeto de estudo em tema exclusivo.

6. Elementos Específicos do Contrato

Os elementos constitutivos gerais do contrato foram examinados. Há, também, elementos específicos que são incluídos na sua participação, como de conteúdo obrigatório. São, em resumo, os seguintes:

1. nome e qualificação das partes;
2. objeto do contrato;
3. prazo para a sua execução;
4. condições técnicas, administrativas e financeiras de execução;
5. forma de remuneração;
6. previsão das infrações e correspondentes sanções;
7. sujeição ao controle legal;
8. estipulações inerentes à natureza específica do contrato.

De natureza específica podem, também, ser tituladas as cláusulas denominadas de exorbitantes ou administrativas ou derogatórias do direito comum.

José Cretella Júnior considera bastante expressivo o nome de cláusula exorbitante (pág. 50, vol. III, *Tratado de Direito Administrativo*) por ser, realmente, uma cláusula que sai da órbita, que se afasta dos cânones do Direito Privado. Exorbita do Direito Civil para entrar na órbita administrativa. Desprivatiza-se para publicizar-se. Desde seus traços típicos do Direito Civil para vestir a roupagem administrativa.

As cláusulas exorbitantes contribuem, na atualidade, para fortalecer a teoria do contrato administrativo. A noção do que seja não se encontra, na doutrina, bem definida. Alguns afirmam que é toda cláusula derogatória do direito comum. Outros, que são somente as cláusulas administrativas e as de direito privado ou de direito comum.

A cláusula exorbitante existe quando a Administração se arroga com direitos sobre seu contratante que um particular não poderia exercer, porque as leis e os regulamentos não o autorizam, só havendo por causa da finalidade do serviço público, que autoriza o sacrifi-

cio da liberdade dos administrados nas sujeições a que estes ficam submetidos.

São exorbitantes do direito comum, portanto, as chamadas cláusulas "penais"; as que permitem a Administração baixar instruções para a execução do contrato; as que prevêm o direito de rescisão unilateral em proveito da Administração; as que estabelecem condições especiais exorbitantes do direito comum, para a contratação de certos serviços autônomos ou serviços industriais ou comerciais do Estado.

Sobre as cláusulas exorbitantes não se pode deixar de lembrar que muitos autores consideram a referida cláusula como elemento específico para caracterizar o contrato de direito público.

7. Formalização Material do Contrato

Os contratos administrativos sempre se revestem de forma escrita. É evidente a razão. As obrigações assumidas pelo poder público dependem de registro nas repartições competentes. "A inexistência de ajuste escrito ou o defeito de forma, vicia irremediavelmente a manifestação da vontade da Administração e invalida o conteúdo contratual" (Hely Meirelles, pág. 229, *Direito Administrativo Brasileiro*, 2.^a ed., RT).

A forma escrita pode variar, nos termos e casos que a lei estabelecer: contrato formal; termo em livro próprio com força de contrato; carta-contrato; empenho de despesa; autorização de compra; ordem de execução de serviço (art. 134 do Decreto-lei n. 200, de 1967).

No momento, o art. 72, §§ 5.^o e 6.^o, da Constituição Federal, substituiu o controle prévio da legalidade pelo controle "a posteriori". Os contratos administrativos não precisam ser registrados pelo Tribunal de Contas para se tornarem perfeitos, exigência das Constituições Federais de 1934, 1937 e 1946.

Bibliografia

ANDRADE, Luciano Benévolo de

— *Curso Moderno de Direito Administrativo* — Saraiva, 1975, 175/179

JÚNIOR, José Cretella

— *Tratado de Direito Administrativo* — Forense, vol. III, 1967, págs. 27/52.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão

— *Tratado de Direito Administrativo*, vol. I, 1964, págs. 304/315, Freitas Bastos.

- *Curso de Direito Administrativo*, 1961, págs. 70/77, Freitas Bastos.

CAETANO, Marcelo

- *Principios Fundamentais do Direito Administrativo* — Forense, 1977, págs. 215/229.

MEIRELLES, Hely Lopes

- *Direito Administrativo Brasileiro* — RT, 2.^a ed., 1966, págs. 227/230

SCHIESARI, Nelson

- *Direito Administrativo* — TJ, Hemeron Editora S/A, 1975, págs. 145/148.

SIMAS, Henrique de Carvalho

- *Manual Elementar de Direito Administrativo*, 1974, págs. 305/311, Freitas Bastos.

TÁCITO, Caio

- *Direito Administrativo*, 1975, págs. 291/293, Saraiva.

- *O Abuso do Poder Administrativo no Brasil*, pág. 27.